

湘江

XIANGJIANG

LAW

REVIEW

法治湖南建设与区域社会治理

2011协同创新中心

主编◎程波

法律评论

第十一卷

- 《中华人民共和国人民调解法》的五大不足
- 东非共同体的法律职能与中非法律合作
- 中国特色社会主义的宪法学解读
- 体育法学的研究路径和学科体系
- 我国诉前证据保全制度的再完善
- 诉讼费用制度对民事调解影响的实证研究报告

湘潭大学出版社

D(9)0-53

10/11

湘江

法律评论

主编◎程波

第十一卷

图书在版编目(CIP)数据

湘江法律评论.第11卷/程波主编.一湘潭:湘潭
大学出版社,2014.10

ISBN 978-7-81128-770-7

I. ①湘… II. ①程… III. ①法律—文集 IV.
①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第240929号

责任编辑:黄琼

装帧设计:刘扬

出版发行:湘潭大学出版社

社址:湖南省湘潭市湘潭大学出版大楼

电话(传真):0731-58298966 邮编:411105

网 址: <http://xtup.xtu.edu.cn>

印 刷:国防科技大学印刷厂

经 销:湖南省新华书店

开 本:787×1092 1/16

印 张:21.75

字 数:372千字

版 次:2014年10月第1版 2014年12月第1次印刷

书 号:ISBN 978-7-81128-770-7

定 价:40.00元

(版权所有 严禁翻印)

《湘江法律评论》编委会

主 编:程 波

编委会委员(按姓氏笔画排列):

王太平	王国征	朱伟东	刘 丽	刘海鸥	杜雄柏	李伯超
李 蓉	肖冬梅	吴 勇	吴健雄	张义清	张立平	张全民
欧爱民	胡肖华	洪永红	倪洪涛	郭树理	黄明儒	曹艳芝
彭熙海	程 波	蔡高强	廖永安			

编 辑 部(按姓氏笔画排列):

王 霞	尹华容	邓春梅	刘军平	邱洪华	张永江	周青山
周晓晨	穆远征					

英文编辑:覃斌武

编 务:周青山 覃斌武

卷 首 语

1996年《湘江法律评论》创刊之际,主编胡旭晟先生力主“她”的基本定位是学术性。“她”将由此而坚守学术的立场,学术的规范,于此前提下,“她”还将努力承继“湘江”之务实精神与批判精神,并以之为风格和标识。如今,已出十卷的《湘江法律评论》仍将秉承近代湘学传统,一如1919年创刊的《湘江评论》,“在学术方面,主张彻底研究,不受一切传说和迷信的束缚,要寻着什么是真理。”重倡“学理的研究、社会的批评”,搭建“针砭社会弊病,批评学界缺失;以针砭促觉醒,以批评促改进”的法学研究新平台!以期为我国法学研究之繁荣、法治建设之完善,略尽绵薄之力。

与自身定位和风格追求相适应,今后的《湘江法律评论》仍将保持“她”对研习法律的热情,既对法律理论中的重要问题进行专题研究,又对法律实践中的纠纷解决机制予以强烈关注。既努力办出自己的特色,又从比较的视角,参照境外、国外法律期刊的发展理念与实践,使这份期刊的学术品格既立基于本土,又回应世界潮流。古代罗马法学家彭波尼曾如是说,将法紧紧规整在一起并逐渐完善之,这是法学家的使命。我相信,这也是今后《湘江法律评论》所肩负的重要使命。

读者眼前这期《湘江法律评论》(第11卷),收录了20篇论文和译文,分为五个栏目。

本期第一个栏目为“纠纷解决”。近年来,调解的纠纷解决是湘潭大学法学院众多师生参与的研究方向。本栏目第一篇论文《“仲调结合”之实践创新及其法理正当性》的作者是张立平教授和张舒琳同学。该文分析了我国民商事纠纷化解中的“仲调结合”实践,指出“仲调结合”既与仲裁的自治性、灵活性特点相适应,又与“仲调结合法治化”命题相契合,具有法理正当性。这一论文对中国法学界关注我国调解在仲裁中的深度扩张,提升仲裁的纠纷解决功能和效率,为仲裁服务向农村地区的拓展打开了通道,具有重要的参考价值。第二篇论文是关于《〈中华人民共和国人民调解法〉的五大不足》的思考,作者李喜莲副教授从现行人民调解制度在受理范围、调解员的选任资格、调解协议的性质、诉调对接、司法确认等关键性问题上存在误区出发,反思人民调解制度改革的成败,进而主张只有在立法上,明确人民调解制度的受案范围;选择可行的人民调解员“专业化”路径;明晰人民调解协议的社会约束性;对诉调对接和司法确认制度重新进行定位,才能突破人民调解制度发展的瓶颈。这一论文对人民调解制度研究是非常有重要意义的拓展。第三篇论文是邓春梅副教授撰写的《对人民调解协议司法确认制度的一种冷思考》,该论文基于人民调解协议司法确认制度符合世界潮流,有实现矛盾化解机制多元互补的正当性认知,不断提醒在中国提出法制化方针的背景下,人民调解协议司法确认制度的正当性问题非但没有不证自明,反而亟需深入探讨。这篇论文给我们启示还在于,没有任何反思精神和自主性的思考,那根本算不上是进行法学研究。

第二个栏目是“非洲法”研究。包括两篇论文和三篇译文,涉及非洲各方面的法律制度。《东非共同体的法律职能与中非法律合作》一文的作者——洪永红教授,是我国著名的研究非洲法律学者。

该文重点介绍了东非共同体的五个成员国所享有立法和司法职能,在此基础上,探讨了中国与东非共同体的法律合作基本原则与途径。博士研究生张小虎撰写的《私法的世俗化,抑或公法的伊斯兰化?——〈埃及民法典〉第226条的存废之争》,通过分析埃及最高法院的相关案例和宪法第2条修正案,指出在世俗法与宗教法并存的“二元化”国家里,受西方法律文化影响较深的“私法”与受传统伊斯兰文化影响较深的“公法”之间的矛盾,是埃及等伊斯兰世界法律冲突的根源与实质。第三篇论文“撒哈拉以南非洲国家的ADR”是一篇译稿,作者 Amadou Dieng 是达喀尔仲裁、调停、调解中心常务秘书,由中国海洋大学法政学院教授、湘潭大学非洲法律与社会研究中心副主任朱伟东译出。该文开篇说道:毫无疑问,“A”DR 是关于争端解决的 (Dispute Resolution)。“A”可代表从“友好的”(amicable)或“适当的”(appropriate)到“可选择的”(alternative,包括或排除仲裁)系列短语。以“A”开头的单词不是一个区别的问题,关键问题是在撒哈拉以南非洲商业争议是如何解决的。争议是通过诉讼、仲裁或调解解决的吗?此类程序如何运作?它们是正式的还是非正式的?历史与传统已决定了目前的状况,未来会带来哪些变化?沿着这样的写作思路,Amadou Dieng 指出,撒哈拉以南非洲国家独立后,一些国家为了实现法律的统一化,对传统争议解决方式没有给予应有的重视。随着传统的友好争议解决方式的价值被人们逐渐认可,撒哈拉以南非洲国家和地区也开始通过立法认可友好争议解决方式,并采取相应措施鼓励这种争议解决方式的发展。考虑到近年来 ADR 制度在中国的勃兴,这一译文的理论价值自然无需多言。第四篇是《非洲宪法改革与宪政——对当前的挑战和发展前景的思考》,这篇论文由博士生郭炯翻译,作者 Charles Manga Fombad 是南非比勒陀利亚大学法学院公法学系主任、教授。

该论文分析了 20 世纪 90 年代非洲宪法改革,在肯定非洲宪法为现代宪法发展作出一定的贡献的同时,作者指出,尽管不那么完美,非洲宪法还是经受住了曾经一党独裁统治的冲击,并制止了独大型政党的滥权。在论文的结尾,Charles Manga Fombad 语重心长地说:“非洲未来将要面对的政治、经济和社会上的难题,若是不能坚定地捍卫宪政及其原则,简直不能想象其后果。一旦一个国家建立起宪政制度,则能很好地避免无政府状态和独裁统治。”这一论文对于我们认识宪政在避免无政府状态和遏制独裁统治的作用以及未来宪政的发展趋势,具有重要价值。这一单元最后一篇是由周晓晨博士和研究生唐奕、易玉姣翻译的《南非〈消费者权益保护法〉(节选)》,该法典信息量极其丰富,对于增加中国法学界关于消费者权益保护的认识以及提升相关问题意识,具有基础性意义。

第三个栏目是“体育法”。与非洲法一样,体育法是湘潭大学法学院颇有特色的研究方向。本栏目首先刊登的是周青山博士的论文《体育法学的研究路径和学科体系》。该论文指出体育法学尚处于发展期,研究路径与学科知识体系构建存在着重大差别,但也互相影响。这篇论文关于体育法是行业法,体育法学是行业法学的提法,似乎是回应域外什么是体育法的争论。然而面对这一问题,欧洲各国的回答不尽相同,这一点可从本栏发表的两篇译稿可以看出。这两篇论文分别是英国牛津大学三一学院院长,泽西与格恩西上诉法院(Court of Appeal of Jersey and Guernsey)法官,体育仲裁院(CAS)仲裁员迈克尔·比洛甫(Michael Beloff)著、夏骄阳翻译的《是否存在体育法》和英国华威大学(University of Warwick)法学院讲师肯·福斯特(Ken Foster)著、肖浩翻译的《有全球体育法吗?》(均由湘潭大学法学院教授博士生导师郭树理担任译校)。在《是否存在体育法》一文的作者看来,是否存在一个统一的实体法作为

体育法,或体育法是否仅仅只是那些早已被认为是一个个单独的法律部门如合同法、侵权法、知识产权法、行政法等法律中的相关法条的集合,这是一个一直有争议的问题。针对支持者们给这个学科取了一个生造的拉丁名字 Lex Sportiva,麦克尔·比洛甫指出,这“并非极为重要”或者“一点也不重要”,这一回答对某些人来讲可能有点遗憾,也可能是两种观点皆有一定的道理。在《有全球体育法吗?》一文的作者看来,“国际体育法”和“全球体育法”之间的区别在于,国际体育法可以被国内法院适用,相对而言,全球体育法意味着一种对于国内法享有豁免权的主张。虽然“体育法”(Lex Sportiva)这个概念随着体育法的全球化而发生的变化,但肯·福斯特坚持认为,“体育法”应该对等于“全球体育法”,它是一个要求国内法律体系和国际体育法不干涉的主张,它所反对的恰是用一个法律规则来调整国际体育运动。这两篇域外体育法争鸣的学术论文纵横捭阖,信息量极其丰富,尤其是“全球化的”体育法思路,值得中国体育法学界的借鉴。

接下来的第四个栏目是“法学专论”,共收入七篇论文。第一篇是欧爱民教授的《中国特色社会主义的宪法学解读——以“国号”的分析为视角》,作者从宪法学的角度深刻阐述我国国号的科学内涵,主张将“国号”打造成为全体中国人民的共同价值追求与集体共识,对培养高度的文化自觉和文化自信,不失为一条全新的道路。第二篇论文是《近代中国罗马法教育的开创:从陈允、应时的〈罗马法〉说起》,作者程波教授根据其知见的应时《德诗汉译》一书的自序文字,再以社会关系网络的建立为视角,讲述了陈允、应时等带有“随机性和偶然性”而“走入法律之途”的学术个案。这一学术史的考察,对于中国罗马法研究者建立自己的学术传统,确立自己在学术史中的坐标点,具有意义。第三篇是研究生董慧的《论文学素养

对法律职业伦理养成的促进作用》一文,作者认为,文学素养和法律职业伦理两者之间有着共同的主题,它们都关注着诸如文字表达能力此类的基本功,与社会生活息息相关,关心着人,关注着平等、自由、公平、正义、善恶等人类的永恒主题。第四篇是万志鹏副教授的《我国大陆与台湾地区刑事管辖权冲突及其处理原则——兼论我国大陆刑法的空间效力》,论文从我国大陆刑法关于空间效力的规定出发,认证了台湾地区并不属于“法律有特别规定的”情况,主张对于两岸刑事管辖权冲突的解决办法,只能是在坚持国家主权原则的前提下,奉行尊重现实、保障人权以及有利于惩治跨区跨境犯罪等原则。第五篇是王霞副教授和研究生许允鹏撰写的《英国受控外国公司税收新规及对我国的立法启示》,该论文认为英国下议院于2012年通过了新的受控外国公司规则,规定了一系列新的征税条款以及豁免条款,体现了长远的税收战略眼光并为我国提供了有益的启示。第六篇是刘友华副教授的《苏俄民法对新中国民法之影响研究》,作者从苏俄民法强调国家干预与公私法划分的基础上,提出新中国成立以来的历次民事立法,深受苏俄民法在立法模式、具体制度与观念等方面的影响。作者还期待这种研究,可以表明植根于经济基础与政治结构之上的法律文化的融合是法律移植的生命所在。就此而言,这一论文自然有其参考价值。第七篇是王国征教授撰写的《我国诉前证据保全制度的再完善》一文,作者针对《民事诉讼法》增加规定了诉前证据保全制度,提出我国诉前证据保全制度需要进一步法典化和系统化;主张诉前证据保全应由证据所在地的人民法院或者对案件实体问题有管辖权的人民法院管辖。采取查封、扣押证据保全方法时,应将申请人提供担保作为诉前证据保全成立的要件;采取其他证据保全方法时,申请人是否提供担保,应由法院自由裁量。在国内的一般民事纠纷中,不应承认采取诉前证据保全

措施的人民法院因采取诉前证据保全措施而取得对案件实体问题的管辖权;但在海事纠纷和涉外民事纠纷中,应当承认采取查封、扣押诉前证据保全措施的人民法院享有案件实体问题的管辖权。这样的法学作品,对于拓展中国民诉法学界关于诉前保全制度的认识,具有积极的意义。

第五个栏目是“法律实务”。本期刊载的论文是《诉讼费用制度对民事调解影响的实证研究报告》,该报告的作者是湖南省高级人民法院研究室副主任邓志伟和湖南省高级人民法院法官肖芳,他们从调解案件减半交纳案件受理费以及法院确定诉讼费用负担时做法不一的实际出发,提出法院应引导当事人合理评估诉讼预期与诉讼成本,促进当事人对诉讼费用的负担协商一致。

以上简要概述了在《湘江法律评论》(第11卷)发表的论文的基本情况,全凭编者个人有限的认知,勾勒其要点,挂一漏万之处在所难免。编辑本期刊物,绝大多数实际工作,都仰仗于作者和译者的辛勤工作,周青山博士做了组织协调工作,黄琼编辑亦为本书的出版做了大量的校对工作。此卷早应出版印行,但因我的惰怠,延宕至今,非常抱歉。好在《湘江法律评论》得到了湘潭大学法学院·知识产权学院、“法治湖南建设与区域社会治理”湘潭大学法学院2011协同创新中心以及湘潭大学出版社的大力支持,从而保障了本期《湘江法律评论》的顺利出版。在此,一并表示感谢。

《湘江法律评论》编委会是一个富有热情和责任感的团体,我们期待法学界、高等教育界的专家学者同仁对《湘江法律评论》给予关注和大力支持。

《湘江法律评论》主编 程 波

2014年10月8日

目 录

湘江法律评论(第十一卷)

纠纷调解

- 张立平 张舒琳 “仲调结合”之实践创新及其法理正当性 1
- 李喜莲 《中华人民共和国人民调解法》的五大不足 21
- 邓春梅 对人民调解协议司法确认制度的一种冷思考 41

非洲法

- 洪永红 洪 流 东非共同体的法律职能与中非法律合作 58
- 张小虎 私法的世俗化,抑或公法的伊斯兰化?
——《埃及民法典》第 226 条的存废之争 66
- Amadou Dieng 著 朱伟东 译 撒哈拉以南非洲国家的 ADR 76
- 查尔斯·曼嘎·佛姆巴德 著 郭 炯 译 非洲宪法改革与宪政
——对当前的挑战和发展前景的思考 90
- 周晓晨 唐 奕 易玉姣 译 南非《消费者权益保护法》(节选) 114

体育法

- 周青山 体育法学的研究路径和学科体系 128
- 迈克尔·比洛甫 著 夏骄阳 译 郭树理 校 是否存在体育法 138
- 肯·福斯特 著 肖 浩 译 郭树理 校 有全球体育法吗? 163

法学专论

- 欧爱民 中国特色社会主义的宪法学解读
——以“国号”的分析为视角 181
- 程 波 近代中国罗马法教育的开创:从陈允、应时的《罗马法》说起 213
- 董 慧 论文学素养对法律职业伦理养成的促进作用 233
- 万志鹏 我国大陆与台湾地区刑事管辖权冲突及其处理原则
——兼论我国大陆刑法的空间效力 245
- 蔡高强 郑敏芝 论航天员及其法律属性 259
- 王 霞 许允鹏 英国受控外国公司税收新规及对我国的立法启示 271
- 刘友华 苏俄民法对新中国民法之影响研究 280
- 王国征 我国诉前证据保全制度的再完善 296

法律实务

- 邓志伟 肖 芳 诉讼费用制度对民事调解影响的实证研究报告 308
- 《湘江法律评论》征稿启事 326
- 《湘江法律评论》行文体例与注释规范 327

Contents
湘江法律评论(第十一卷)

Dispute Resolution

Zhang Liping Zhang Shulin

Study on Legal Legitimacy of the Combination of Arbitration and Mediation
Practical Innovation 1

Li Xilian

Five Defects of The People's Mediation Law 21

Deng Chunmei

A Reflection on the Judicial Confirmation to the People's Mediation
Agreements 41

African Law

Hong Yonghong Hong Liu

The Legal Function of East African Community and Sino – African Legal
Cooperation 58

Zhang Xiaohu

Is the secularization Private law or the Islamization Public law? 66

Amadou Dieng

ADR in Sub – Saharan African Countries 76

Charles Manga Fombad

Revolution of Constitution in Africa and the Rule of Constitution 90

translated by Zhou Xiaocheng Tang Yi Yi Yujiao

Consumer Protection Act of South Africa (Extract) 114

Sports Law

Zhou Qingshan

Study on the Reseach Path and the Subject System of Sports Law 128

Michael Beloff

Is There A Lex Spotiva 138

Ken Foster

Is There a Global Sports Law? 163

Special Column of Jurisprudence

Ou Aimin

Constitutional Analysis on Specific Chinese Socialism 181

Cheng Bo

The Establishment of Roman Law Education in China: Analysis starting with
Chen Yun and Ying Shi's Roman Law 213

Dong Hui

The Promotional Effect of Literary Attainment to Legal Ethics
Formation 233

Wan Zhipeng

The Conflict of Criminal Jurisdictions between China's Mainland and Taiwan
and Its Solution 245

Cai Gaoqiang Zheng Minzhi

On the Astronauts and Their Legal Property 259

Wang Xia Xu Yunpeng

New CFC rules of United Kingdom & Enlightenments to Chinese
legislation 271

Liu Youhua

Influence of The Russian Civil Code on Chinese Civil law 280

Wang Guozheng

Re – Perfection of Rules of Pre – filing Evidence Preservation 296

Legal Practice

Deng Zhiwei Xiao Fang

Empirical Study of the Impacts of the Litigation Fee Regulation to Civil
Mediation 308

Contribution 326

Citation Rules 327

“仲调结合”之实践创新及其法理正当性*

张立平 张舒琳**

Study on Legal Legitimacy of the Combination of Arbitration and Mediation Practical Innovation

Zhang Liping Zhang Shulin

摘要: 在我国的民商事纠纷仲裁实践中,“仲调结合”已发展出仲裁委员会及其调解中心、仲裁庭等在内的多元组织形式,仲裁调解贯穿仲裁程序及裁决执行、仲裁调解与仲裁外纠纷解决机制相结合、仲裁调解与当事人和解相衔接等机制。这些实践创新具有法理正当性,是我国对外贸易仲裁重视调解传统的逻辑发展,与仲裁的自治性、灵活性特点相适应,且与“仲调结合法制化”命题相契合。由于调解所具有的整体事实观,以及通过当事人合意而在法律实施上所具有的合理性,在纠纷解决和权利保护上有着其自身的特有优势。调解在仲裁中的广泛和深入扩张,较大地提升了仲裁的纠纷解决

* **基金项目:** 本文为国家社科基金项目“新农村多元化纠纷解决机制研究”(08BFX065)、湖南省教育厅重点项目“和谐社会与农村纠纷解决机制研究”(08A077)、湘潭大学人文社会科学研究基地重点项目“法制现代化视野下的“三调联动”机制实证研究”(10fx06001)之阶段性成果;“法治湖南建设与区域社会治理”协同创新中心平台建设成果,湖南省社科基金重点委托项目“法治湖南框架下调解理论创新与规则之治研究”(项目号:12WTB30)。

** **作者简介:** 张立平(1963—),男,湖南湘乡人,湘潭大学法学院·知识产权学院教授。张舒琳(1991—),女,湘潭大学法学院·知识产权学院民商法专业(知识产权方向)在读硕士研究生。